

Mensenrechten in tijden van corona

Laurens Lavrysen*

Onze manier van leven is drastisch door elkaar geschud. COVID-19 vormt een bedreiging voor de volksgezondheid die ongewoon is in moderne tijden. Eveneens ongewoon in moderne tijden is de schaal waarop het dagelijkse leven door overheden wereldwijd aan sterke beperkingen onderworpen wordt. COVID-19 stelt de Januskop van de mensenrechten, waarbij naar de overheid gekeken wordt als voornaamste beschermer van maar tevens voornaamste bedreiging voor de mensenrechten, op scherp. Enerzijds moet de overheid bescherming bieden tegen het nieuwe coronavirus dat een hele resem mensenrechten, waaronder het recht op gezondheid en het recht op leven, bedreigt. Anderzijds staan heel wat maatregelen die genomen worden onder de noemer van de strijd tegen COVID-19 op gespannen voet met de mensenrechten. Vanuit mensenrechtenoogpunt moet er dan ook over gewaakt worden dat het middel niet erger is dan de kwaal. In deze bijdrage wordt nagegaan wat het recht van de mensenrechten ons leert over wat overheden mogen of moeten doen in de context van de coronacrisis. Eerst wordt gekeken naar de verplichtingen die op overheden rusten om de mensenrechten te beschermen tegen COVID-19, alvorens ingegaan wordt op de grenzen die het recht van de mensenrechten tegelijkertijd aan het optreden van de overheid stelt.

Bescherming mensenrechten in de context van een epidemie

Welke maatregelen kunnen er op basis van het recht van de mensenrechten vereist worden van de overheid? Om deze vraag te beantwoorden, wordt eerst een blik geworpen op wat het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) ons hierover leert. Het EVRM, waar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) op toeziet, vormt immers het krachtigste mensenrechteninstrument in onze rechtsorde. Vervolgens wordt nagegaan welke

lessen we op dit vlak kunnen trekken uit de socio-economische mensenrechten, gegarandeerd door het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) en het (herziene) Europees Sociaal Handvest (ESH).

Het EVRM

De voornaamste EVRM-rechten die bedreigd worden zijn het recht op leven en het recht op de eerbiediging van de fysieke integriteit, beschermd door respectievelijk artikel 2 en 3 EVRM.¹ Aangezien het EHRM zich nog niet heeft moeten uitspreken over de bescherming van de bevolking tegen een epidemie, is het nodig om naar de algemene principes uit de rechtspraak te kijken om te zien of deze een aanknopingspunt bieden.

Het EHRM heeft aanvaard dat artikelen 2 en 3 EVRM zogenaamde positieve verplichtingen opleggen aan overheden om maatregelen te nemen om individuen te beschermen tegen bedreigingen van hun leven of fysieke integriteit.² Het EHRM heeft dergelijke verplichtingen voornamelijk ontwikkeld in de context van specifieke bedreigingen van individuen (zoals huiselijk geweld): wanneer overheden weet hebben of zouden moeten hebben van een reëel en onmiddellijk risico voor het leven of de fysieke integriteit van een persoon door de criminele daden van een derde, zijn zij verplicht alle redelijke maatregelen te nemen binnen de grenzen van hun bevoegdheden om dat risico te vermijden.³

In de context van een epidemie, zijn de gezondheidsrisico's echter diffuus, waardoor het moeilijk is om als individu te argumenteren dat je een voldoende afgelijnd individueel risico loopt om aanspraak te maken op dergelijke operationele beschermingsmaatregelen. Daarom is het beter om te kijken naar de beperkte rechtspraak van het EHRM die betrekking heeft op algemene risico's voor de bevolking in haar geheel. Wat het recht op leven betreft, heeft het EHRM bijvoorbeeld gesteld dat de positieve verplichtingen in principe gelden in

* Laurens Lavrysen is postdoctoraal onderzoeker aan het Human Rights Centre van de UGent en hoofdredacteur van het Tijdschrift voor Mensenrechten.
1 Zie ook N. Mavronicola, "Positive Obligations in Crisis", Strasbourg Observers, 7 april 2020.
2 Voor een uitgebreide discussie van positieve verplichtingen onder het EVRM, zie L. Lavrysen, Human Rights in a Positive State, Cambridge, Intersentia, 2016.
3 Zie bvb. EHRM (Grote Kamer), 28 oktober 1998, Osman t. het Verenigd Koninkrijk, nr. 23452/94, § 116 (artikel 2 EVRM); en EHRM (Grote Kamer), 10 mei 2001, Z.e.a. t. het Verenigd Koninkrijk, nr. 29392/95, § 73 (artikel 3 EVRM).

de context van elke activiteit, al dan niet met een openbaar karakter, waarin het recht op leven op het spel staat, in het bijzonder in de context van gevaarlijke activiteiten, zoals bijvoorbeeld industriële activiteiten.⁴ In zulke zaken vereist het EHRM in de eerste plaats dat de regelgeving bepaalde waarborgen omvat met het oog op het beperken en monitoren van deze risico's.⁵ De meeste van deze zaken hebben echter betrekking op door de mens gecreëerde risico's, zodat het onduidelijk is hoeveel bescherming vereist kan worden in zaken waarin het gevaar uitgaat van de natuur, zoals in het geval van COVID-19. Een uitzondering is de zaak *Budayeva*, waarin het EHRM oordeelde dat Rusland verantwoordelijk was voor een schending van artikel 2 EVRM omdat het had nagelaten maatregelen te nemen om de bewoners van een dorp te beschermen tegen dodelijke landverschuivingen. Volgens het Hof had de overheid maatregelen moeten nemen om de bewoners te waarschuwen voor een voorzienbaar risico op dergelijke landverschuivingen en om voorbereid te zijn om een eventuele evacuatie te organiseren.⁶

COVID-19 vormt zonder twijfel een ernstig algemeen risico voor het leven en de fysieke integriteit, zodat aangenomen kan worden dat er een positieve verplichting onder artikelen 2 en 3 EVRM op de overheid rust om maatregelen te nemen om de bevolking te beschermen. Het probleem met de hierboven besproken rechtspraak is echter dat deze weinig houvast biedt om te bepalen welke maatregelen *specifiek* vereist zijn. Neem bvb. de rechtszaak die intussen ingesteld werd tegen de Tirolse en Oostenrijkse autoriteiten omdat ze zouden nagelaten hebben om tijdig maatregelen te nemen om de verspreiding van het nieuwe coronavirus via de Tirolse skigebieden tegen te gaan⁷: misschien maakt een dergelijke claim kans op basis van aansprakelijkheidsrecht, maar op basis van het EVRM lijkt dit onwaarschijnlijk. De concrete reikwijdte van positieve verplichtingen is immers beperkt door een redelijkheidstoets, op basis waarvan de betrokken maatregelen geen onmogelijke of disproportionele last voor de

overheid mogen uitmaken,⁸ rekening houdende met onder meer conflicterende beleidsoverwegingen, praktische obstakels en financiële beperkingen.⁹ De maatregelen ter bescherming van de volksgezondheid in de context van de COVID-19 crisis conflicteren met zoveel totaal verschillende en onvergelykbare belangen – gaande van sociale en economische belangen tot de mensenrechten die in deze context beperkt worden – dat het onredelijk zou zijn om via artikelen 2 en 3 EVRM van de overheid te vereisen om een specifieke vorm van *lockdown* toe te passen. Dit geldt evenzeer wat de belangenafweging betreft tussen volksgezondheid en conflicterende belangen die gemaakt moet worden in de context van de exit uit de *lockdown*. Er kan dan ook aangenomen worden dat deze afweging volledig binnen de *margin of appreciation* van de politieke beslissingsmakers valt – die sowieso al ruim is voor zover het om keuzes betreffende gezondheidsbeleid gaat.¹⁰

De rechtspraak van het EHRM betreffende medische nalatigheid bevat daarentegen wel wat minimumstandaarden die relevant kunnen zijn om de reactie van het gezondheidszorgsysteem te beoordelen. In zulke zaken zal het EHRM een schending van artikel 2 EVRM vaststellen wanneer 1) het leven van een individu bewust in gevaar gebracht wordt door het ontzeggen van toegang tot levensreddende behandeling of 2) wanneer een dergelijk gevaar voortvloeit uit een systemisch of structureel disfunctioneren van de ziekenhuisdiensten en de autoriteiten hiervan op de hoogte waren maar hadden nagelaten om hiertegen op te treden.¹¹ Zo zouden overlijdens ten gevolge van een onvoldoende voorbereide gezondheidszorg een schending kunnen uitmaken van artikel 2 EVRM, al zal dit niet per se het geval zijn wanneer een plaatsgebrek binnen de gezondheidszorg louter voortvloeit uit een onvoorzienbaar snelle toename van patiënten.¹² De gebrekkige voorbereiding van onze woonzorgcentra om een dergelijke crisis het hoofd te bieden¹³ zou mogelijks beschouwd kunnen worden als een dergelijk structureel disfunctioneren, al rijst ook hier de vraag of wel aan

4 EHRM (*Grote Kamer*), 30 november 2004, *Öneryildiz t. Turkije*, nr. 48939/99, § 71, met betrekking tot de veiligheidsrisico's verbonden aan het management van een vuilnisbelt.

5 Zie onder artikel 3 EVRM, bvb. EHRM (*Grote Kamer*), 28 januari 2014, *O'Keefe t. Ierland*, nr. 35810/09, met betrekking tot het systemisch risico op seksueel misbruik in het onderwijs.

6 EHRM, 20 maart 2008, *Budayeva e.a. t. Rusland*, nr. 15339/02 enz., § 152.

7 C. Hancké, "Tirol mag zich opmaken voor zware schadeclaim", *De Standaard*, 1 april 2020.

8 Bvb. EHRM (*Grote Kamer*), 24 oktober 2002, *Mastromatteo t. Italië*, nr. 37703/97, § 68.

9 V. Stoyanova, "Common law tort of negligence as a tool for deconstructing positive obligations under the European convention on human rights", *International Journal of Human Rights* (online voorpublicatie, 1 november 2019).

10 EHRM, 13 november 2012, *Hristozov e.a. t. Bulgarije*, nrs. 4703/11 en 358/12, § 119.

11 EHRM (*Grote Kamer*), 19 december 2017, *Lopes de Sousa Fernandes t. Portugal*, nr. 56080/13, § 191-192.

12 E. Stubbins Bates, "Article 2 ECHR's Positive Obligations – How Can Human Rights Law Inform the Protection of Health Care Personnel and Vulnerable Patients in the COVID-19 Pandemic?", *Opinio Juris*, 1 april 2020.

13 Zie bvb. V. Beel en W. Winckelmans, "Noodplan Beke komt 'rijkelijk laat'", *De Standaard* 9 april 2020.

de voorzienbaarheidsvereiste is voldaan.

Waar het EVRM ons weinig leert over de maatregelen die genomen dienen te worden, vereist het echter wel dat de beschermingsmaatregelen genomen worden met inachtneming van het non-discriminatiebeginsel van artikel 14 EVRM.¹⁴ Bovendien vereist de rechtspraak van het EHRM dat specifieke aandacht besteed moet worden aan het genot van de mensenrechten van kwetsbare groepen, wat kan resulteren in versterkte positieve verplichtingen.¹⁵ In de context van de strijd tegen COVID-19 betekent dit de overheid erover moet waken dat bepaalde groepen niet uit de boot vallen wanneer maatregelen genomen worden om de volksgezondheid te beschermen. Denk bvb. aan de situatie van daklozen, asielzoekers die zich niet meer konden aanmelden bij de Dienst Vreemdelingenzaken en zo geen toegang meer tot opvang konden verkrijgen of mensen zonder papieren. Mede door de druk vanuit het middenveld, werd na enkele weken *lockdown* uiteindelijk door de federale overheid een “taskforce kwetsbare groepen” opgericht met als doel te waken over de specifieke noden van deze groepen die initieel over het hoofd gezien werden.¹⁶ Tevens is het belangrijk dat de overheid maatregelen neemt als reactie op risico's die verhoogd worden door de *lockdown*, zoals het risico op huiselijk geweld.¹⁷ Ten slotte moet ook specifieke aandacht geschonken worden aan de situatie van gevangenen. Artikel 3 EVRM vereist immers dat de gezondheid en het welzijn van gevangenen afdoende gegarandeerd wordt,¹⁸ en aangezien dit een absoluut recht betreft geldt dit onverminderd in tijden van COVID-19. Zowel het Europees Comité voor de Preventie van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing en de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa hebben opgeroepen om in

deze context specifieke aandacht te besteden aan de situatie van gevangenen, die extra hard getroffen dreigen te worden door zowel COVID-19 als door de maatregelen die in reactie hierop genomen worden – onder meer door sterker in te zetten op alternatieven voor vrijheidsberoving, in het bijzonder in overbevolkte gevangenissen.¹⁹

Socio-economische mensenrechten

Het recht op gezondheid²⁰ wordt gegarandeerd door artikel 12 IVESCR, dat bovendien onder § 2 (c) specificeert dat de overheid verplicht is maatregelen te nemen om epidemische ziekten te voorkomen, behandelen en bestrijden. Artikel 11 ESH omvat een soortgelijke bepaling.²¹ De reikwijdte van artikel 12 IVESCR wordt verduidelijkt in *General Comment N° 14* van het VN-Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten.²²

Ten eerste garandeert artikel 12 IVESCR geen recht om gezond te zijn – de overheid kan immers geen bescherming bieden tegen elke vorm van slechte gezondheid – maar wel een recht om te genieten van een verscheidenheid aan voorzieningen, goederen, diensten en voorwaarden die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van een zo goed mogelijke gezondheid (§ 9).

Ten tweede, wat § 2 (c) betreft, moet de overheid een systeem van dringende medische zorg en humanitaire hulp in noodsituaties voorzien met het oog op epidemische uitbraken, en moet ze immunisatieprogramma's of andere strategieën van bestrijding van infectieziekten implementeren (§ 16). Net zoals onder het EVRM is het echter onduidelijk hoe ver de verplichtingen van overheden precies reiken in de context van de COVID-19 crisis. Volgens Coco en de Souza Dias kan uit § 2 (c) afgeleid

14 N. Mavronicola, “Positive Obligations in Crisis”, *Strasbourg Observers*, 7 april 2020.

15 L. Peroni and A. Timmer, “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, 2013, nr. 4, p. 1056-1085. Positieve verplichtingen zouden ook ingeroepen kunnen worden om afdoende beschermend materiaal te eisen voor gezondheidswerkers, omwille van hun verhoogd risico om ziek te worden, zie E. Stubbins Bates, “Article 2 ECHR’s Positive Obligations – How Can Human Rights Law Inform the Protection of Health Care Personnel and Vulnerable Patients in the COVID-19 Pandemic?”, *Opinio Juris*, 1 april 2020.

16 Persbericht Amnesty International Vlaanderen, “Eén maand lockdown – voorlopige balans voor de mensenrechten in België”, 17 april 2020, www.amnesty-international.be.

17 N. Mavronicola, “Positive Obligations in Crisis”, *Strasbourg Observers* 7 april 2020. Zie, wat de Belgische context betreft, de bevindingen van K. Ponnet, W. Hardyns, S. Anrijs en J. Schokkenbroek, “Welzijn en relaties in tijden van corona: Bevindingen van een survey-onderzoek in België van 3-17 april, 2020”, 23 april 2020, beschikbaar op <https://www.ugent.be/re/cssr/nl/actueel/nieuws/onderzoek-naar-welzijn-en-partnergeweld-in-tijden-van-corona>.

18 Zie bvb. EHRM (Grote Kamer), 26 oktober 2000, Kudla t. Polen, nr. 30210/96, § 94.

19 Mensenrechtencommissaris Raad van Europa, “COVID-19 pandemic: urgent steps are needed to protect the rights of prisoners in Europe”, 6 april 2020, www.coe.int/en/web/commissioner; en Europees Comité voor de Bescherming van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing, “Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic”, 20 maart 2020, nr. CPT/Inf (2020)13.

20 Zie ook A. Coco en T. de Souza Dias, “Part I: Due Diligence and COVID-19: States’ Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak”, *EJIL:Talk!*, 24 maart 2020.

21 Voor een interpretatie van art. 11 ESH in de context van COVID-19, zie Europees Comité voor Sociale Rechten, “Statement of interpretation on the right to protection of health in times of pandemic”, 21 april 2020 <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter>.

22 VN-Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten, *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health* (Art. 12), nr. E/C.12/2000/4.

worden dat het recht op gezondheid de overheid verplicht om *social distancing* maatregelen op te leggen.²³ *General Comment No. 14* biedt echter weinig houvast voor een dergelijk standpunt, aangezien het uitdrukkelijk stelt dat artikel 12 IVESCR tot doelstelling heeft om het recht op gezondheid van het individu te waarborgen eerder dan het opleggen van beperkingen van andere fundamentele rechten met het oog op de bescherming van de volksgezondheid, en dat de bewijslast in elk geval bij de overheid ligt om zulke beperkingen te rechtvaardigen (§ 28).

Wat maatregelen betreft die geen beperkingen vormen van fundamentele rechten, valt gemakkelijker te argumenteren dat zij vereist zijn onder het recht op gezondheid. In dit verband heeft de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa opgeroepen om maatregelen te nemen om de veiligheid van gezondheidswerkers te garanderen door hen toegang te verlenen tot beschermingsmateriaal, regelmatige coronatests en psychosociale bijstand.²⁴

Ten derde vereist het recht op gezondheid internationale samenwerking met betrekking tot ziektes die gemakkelijk grensoverschrijdend overgedragen kunnen worden, en dragen de economisch ontwikkelde landen een bijzondere verantwoordelijkheid om ontwikkelingslanden hierin bij te staan (§ 40). Vanuit het oogpunt van deze verplichting tot internationale samenwerking lijkt onder meer de opschorting van de Amerikaanse bijdrage aan de Wereldgezondheidsorganisatie bijzonder problematisch.²⁵

Ten vierde is ook het recht op non-discriminatie en op gelijke toegang tot gezondheidszorg in deze context relevant, evenals de noodzaak om specifieke bescherming te voorzien van kwetsbare leden van de maatschappij (§ 18-19) – denk maar aan de specifieke situatie van ouderen of andere risicogroepen.

In dit verband hebben VN-mensenrechtenexperten in de context van COVID-19 opgeroepen dat overheden een schaarste aan middelen niet mogen invoeren om te discrimineren ten aanzien van bepaalde groepen patiënten en dat een eventueel vaccin moet beschikbaar gemaakt worden zonder discriminatie.²⁶

Mensenrechtelijke grenzen

Terwijl het recht van de mensenrechten bepaalde minimale, zij het niet altijd erg concreet afgebakende vereisten stelt aan de reactie van de overheid ten aanzien van COVID-19, stelt het tegelijkertijd bepaalde grenzen aan dergelijk optreden. In deze sectie wordt ingegaan op de verenigbaarheid met het EVRM van enkele van de meest courante maatregelen die door Europese staten genomen werden. Het gaat hier in het bijzonder over verschillende vormen van *lockdowns*, die beperkingen inhouden op de bewegingsvrijheid (artikel 2 Protocol 4 EVRM), het recht op het genot van het privé- en familielevens (artikel 8 EVRM, bvb. beperkingen op het zien van familie en vrienden), de vrijheid van vergadering en vereniging (artikel 11 EVRM), de vrijheid van eredienst (artikel 9 EVRM), het recht op onderwijs (artikel 2 Protocol 1 EVRM) en het eigendomsrecht (artikel 1 Protocol 1 EVRM, bvb. verplichte sluiting handelszaken).²⁷

Daarnaast behoort *contact tracing*, al dan niet met behulp van een app, tot het standaardpakket aan maatregelen die overheden nemen om de COVID-19-uitbraak onder controle te houden. Aangezien dit maatregelen betreffen die ongezien zijn in moderne tijden, heeft het EHRM nog geen uitspraak gedaan over de voorwaarden waaronder dergelijke maatregelen toelaatbaar zijn. De algemene EVRM-principes laten evenwel toe om de enkele algemene richtsnoeren voor een mensenrechtentoetsing te schetsen.

Noodtoestand

Een eerste discussiepunt is de vraag of er nood is voor staten om af te wijken van het EVRM onder artikel 15 EVRM. Dit artikel staat toe om "[i]n tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt" maatregelen te nemen die afwijken van de verplichtingen die normaal gelden onder het EVRM.

Het lijkt inderdaad dat de COVID-19 crisis voldoet aan de vereiste om beschouwd te kunnen worden als een noodtoestand in de zin van artikel 15 EVRM, met name "een uitzonderlijk toestand van crisis of noodtoestand die die gehele bevolking raakt en een bedreiging vormt voor het georganiseerde leven van

23 A. Coco en T. de Souza Dias, "Part I: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak", EJIL:Talk!, 24 maart 2020.

24 Mensenrechtencommissaris Raad van Europa, "Learning from the pandemic to better fulfil the right to health", 23 april 2020, www.coe.int/en/web/commissioner.

25 X, "Trump wil Amerikaanse bijdrage aan WHO opschorten na 'te veel fouten'", De Standaard 15 april 2020.

26 X, "No exceptions with COVID-19: 'Everyone has the right to life-saving interventions' – UN experts say", 26 maart 2020, www.ohchr.org.

27 Voor een uitgebreide discussie van de verschillende soorten vrijheidsbeperkingen in het licht van het EVRM, zie J. McBride, "An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements", ECHR Blog, 27 maart 2020.

de gemeenschap waaruit de staat is samengesteld”.²⁸ Staten moeten kennis geven van hun voornemen om af te wijken aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa, met vermelding van de betrokken maatregelen en de beweegredenen daarvoor. Op het moment van schrijven²⁹ hadden maar liefst 10 van de 47 lidstaten van de Raad van Europa (Letland, Roemenië, Armenië, Moldavië, Estland, Georgië, Albanië, Noord-Macedonië, Servië en San Marino) een dergelijke kennisgeving gemaakt. Hoewel staten via kennisgeving onder artikel 15 EVRM beperkingen kunnen opleggen aan mensenrechten die verder gaan dan in normale omstandigheden toelaatbaar is, betekent dit niet dat alles is toegestaan. Het EHRM blijft immers bevoegd om *ex post facto* naast te gaan of de vereiste van artikel 15 EVRM vervuld is dat dergelijke maatregelen “strikt vereist” zijn door de ernst van de situatie.³⁰

Voorstanders van het invoeren van artikel 15 EVRM argumenteren dat de maatregelen die vereist zijn als reactie op COVID-19 verder gaan dan wat in normale omstandigheden toelaatbaar is onder het EVRM.³¹ Zo zouden bepaalde erg strikte quarantainemaatregelen beschouwd kunnen worden als een vrijheidsberoving in de zin van artikel 5 EVRM³² – § 1 (e) van dit artikel laat de detentie van personen toe “ter voorkoming van de verspreiding van besmettelijke ziekten”, al kan een besmet persoon volgens de rechtspraak van het EHRM enkel als “laatste redmiddel” van zijn of haar vrijheid beroofd worden wanneer “minder ernstige maatregelen” overwogen maar onvoldoende bevonden werden om de volksgezondheid te beschermen.³³ Daarnaast stellen voorstanders van het invoeren van de noodtoestand dat dit het voordeel heeft dat uitzonderlijke machten voorbehouden blijven voor uitzonderlijke omstandigheden, waardoor het risico verkleind wordt dat deze machten permanent worden. Bovendien bestaat anders het risico dat rechtbanken de normale beperkingsgronden (zie hieronder) van mensenrechten erg ruim interpreteren om

noodmaatregelen toe te laten, waardoor het risico bestaat dat het beschermingsniveau van deze rechten blijvend verlaagd wordt, ook in normale omstandigheden. Tegenstanders argumenteren dan weer dat afwijking onder artikel 15 EVRM niet nodig is omdat de normale beperkingsgronden voldoende flexibel zijn om zelfs verregaande maatregelen toe te laten op voorwaarde dat deze noodzakelijk zijn om COVID-19 te bestrijden.³⁴ Bovendien is het in noodomstandigheden net extra belangrijk om de overheid ter verantwoording te kunnen roepen en om grenzen te stellen wat betreft het toekennen van verregaande nieuwe machten.

België heeft er evenwel niet voor gekozen om een afwijking te vragen onder artikel 15 EVRM. We hebben geen wettelijk kader dat het uitroepen van de noodtoestand voorziet, en bovendien zou een afwijking onder artikel 15 EVRM in strijd zijn met artikel 187 van de Grondwet, dat bepaalt dat de Grondwet niet geschorst kan worden.³⁵ Wat België en de andere Europese landen die geen noodtoestand hebben uitgeroepen betreft, moeten de maatregelen die genomen werden om COVID-19 te bestrijden dan ook geanalyseerd worden vanuit het oogpunt van de normale beperkingsgronden.

Normale beperkingsgronden

De meeste door het EVRM gegarandeerde rechten zijn niet absoluut en kunnen mits bepaalde voorwaarden aan beperkingen onderworpen worden. Wat de meeste rechten betreft zijn deze voorwaarden 1) het bestaan van een wettige basis, 2) het nastreven van een wettig doel, en 3) de inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel.³⁶

De tweede voorwaarde zal in principe geen probleem vormen: het beschermen van de volksgezondheid en de rechten van anderen vormt ontegensprekelijk een wettig doel. Er kan wel een probleem ontstaan wanneer bepaalde overheden misbruik zouden maken van de situatie door

28 EHRM (Grote Kamer), 19 februari 2009, A. e.a. t. het Verenigd Koninkrijk, nr. 3455/05, § 176.

29 14 mei 2020. De tekst van de afwijkingskennisgevingen, met inbegrip van zij die eventueel later nog genomen werden, zijn beschikbaar hier: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>.

30 Zie EHRM (Grote Kamer), 19 februari 2009, A. e.a. t. het Verenigd Koninkrijk, nr. 3455/05, § 184-185 voor een overzicht van de principes die het EHRM bij een dergelijke toetsing hanteert.

31 Zie bvb. A. Greene, “States should declare a State of Emergency using Article 14 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic”, *Strasbourg Observers*, 1 april 2020.

32 De vrijheidsbeperkingen die in de meeste landen opgelegd worden, kunnen wellicht eerder beschouwd worden als beperkingen van de bewegingsvrijheid (artikel 2 Protocol 4 EVRM) dan als vrijheidsberoving in de zin van artikel 5 EVRM, zie J. McBride, “An Analysis of Covid-19 Responses and ECHR Requirements”, *ECHR Blog*, 27 maart 2020.

33 EHRM, 25 januari 2005, *Enhorn t. Zweden*, nr. 56529/00, § 44.

34 Zie bvb. K. Dzehtsiarou, “COVID-19 and the European Convention on Human Rights”, *Strasbourg Observers*, 27 maart 2020.

35 G. De Braeckeleer, L. Mys, K. Van Aelst, P. Vande Velde-Van Rumst, J. Goossens en S. Devriendt, “Nood aan noodtoestand in België?”, *BelConLawBlog*, 27 februari 2017.

36 Voor een uitgebreide bespreking, zie L. Lavrysen, “System of Restrictions” in P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn en L. Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (5de editie), Cambridge, Intersentia, 2018), p. 307-330.

onder de noemer van de strijd tegen COVID-19 maatregelen te nemen die eigenlijk als doel hebben om bvb. politieke tegenstanders te viseren.

Het wettigheidsbeginsel zou een groter probleem kunnen vormen. Op zich is de mogelijkheid om, zoals in België gebeurt, maatregelen op te leggen bij wijze van ministerieel besluit verenigbaar met het EVRM. Het EHRM vereist immers niet dat een beperking via een "formele" wet gebeurt, maar neemt genoegen met een grondslag in de nationale regelgeving. Een groter probleem vormt echter het feit dat deze wettelijk basis ook voorzienbaar moet zijn: het EHRM vereist dat een burger moet kunnen voorzien welke gevolgen een bepaalde handeling kan hebben. Bovendien is vereist dat de reikwijdte van en de manier waarop discretionaire bevoegdheden uitgeoefend worden voldoende duidelijk zijn.³⁷

Aangezien de Belgische COVID-19-regelgeving op bepaalde punten erg vaag is, bvb. het verbod om zich op de openbare weg en in openbare plaatsen te bevinden behalve in geval van noodzakelijkheid en omwille van dringende redenen,³⁸ kan men zich afvragen of de toepassing van verregaande interpretaties op dit punt wel verenigbaar zijn met het wettigheidsbeginsel – denk maar aan de discussie over de vraag of liefde een essentiële verplaatsing is.³⁹

De voornaamste beperking gaat echter uit van het proportionaliteitsbeginsel.⁴⁰ In algemene zin vereist het proportionaliteitsbeginsel dat hoe sterker een bepaald recht beperkt wordt, hoe zwaarwegender de belangen moeten zijn die ingeroepen worden om deze maatregel te verantwoorden. De ernst van het gevaar voor de volksgezondheid, in het bijzonder het risico op een ineenstorten van het gezondheidszorgsysteem zoals in Lombardije, volstaat wellicht als rechtvaardiging voor erg verregaande vrijheidsbeperkingen met het oog op het onder controle brengen van de uitbraak. Het is evenwel belangrijk dat deze maatregelen op regelmatige basis heroverwogen worden,⁴¹ rekening houdende met de meest recente wetenschappelijke kennis ter zaken. Als uit onderzoek bvb. blijkt dat

bepaalde maatregelen die verregaande beperkingen opleggen weinig effectief zijn in het bestrijden van de uitbraak, zullen deze sneller disproportioneel bevonden worden. Dit geldt niet enkel voor de *lockdown*-maatregelen, maar onder meer ook voor de mogelijke invoering van een *contact tracing* app. Los nog van de vraag naar de vereiste waarborgen die een dergelijke app moeten omringen, staat en valt de proportionaliteit van een dergelijke verregaande inmenging met het recht op privacy met de effectiviteit ervan om bij te dragen tot het indijken van de uitbraak, die betwifelbaar is in het licht van de vermeende onnauwkeurigheid van de technologie.⁴²

De gewone opvolging via *contact tracers* lijkt op dat vlak effectiever, maar staat tevens op gespannen voet met het recht op privacy, omwille van gebrekkige waarborgen wat betreft onder meer de duurtijd van de retentie van en de toegang tot de betrokken informatie uit de nieuwe databank.⁴³

Wanneer de overheid met het oog op de bescherming van de volksgezondheid de keuze heeft tussen verschillende maatregelen, vereist het proportionaliteitsbeginsel in principe ook de voorkeur voor maatregelen die minder verregaande beperkingen vormen voor de mensenrechten.⁴⁴ Op het moment van schrijven heeft het Duits Grondwettelijk Hof bvb. reeds twee beslissingen geveld waarin de weigering om toestemming te geven tot een protestactie en een religieuze samenkomst strijdig bevonden werden met respectievelijk de vrijheid van vergadering en de vrijheid van eredienst. Volgens het Hof had de betrokken overheid moeten nagaan of het niet mogelijk was dergelijke activiteiten op een veilige manier te laten doorgaan, bvb. met inachtneming van *social distancing* maatregelen.⁴⁵

Ten slotte geldt het proportionaliteitsbeginsel niet enkel bij het opstellen van de maatregelen: ook het afdwingen ervan moet immers in verhouding staan tot het nagestreefde doel om de volksgezondheid te beschermen. Het is daarbij in het bijzonder belangrijk dat politiediensten geen excessief

37 Bvb. EHRM (Plenair), 24 maart 1988, Olsson t. Zweden (No. 1), nr. 10465/83, § 61.

38 Artikel 8 Ministerieel besluit van 23 maart 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken, B.S. 23 maart 2020 (Ed. 2), p. 17603.

39 Zie bvb. S. Vankersschaever en J. Van Caesbroeck, "Liefde is geen essentiële verplaatsing", *De Standaard*, 19 maart 2020.

40 Zie ook V. Tzevelekos, "Herd Immunity and Lockdown: The Legitimacy of National Policies Against the Pandemic and Judicial Self-Restraint by the ECtHR", *Strasbourg Observers*, 11 mei 2020.

41 Zie bvb. VN-Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), nr. E/C.12/2000/4, § 29.

42 N. Vanhecke, "Waarom de corona-app dan toch niet voor morgen bleek", *De Standaard*, 25 april 2020.

43 S. Kelepouris, "Bijzonder invasief: Liga voor de Mensenrechten bezorgd over 'contact tracing'", *De Morgen*, 2 mei 2020.

44 Bvb. EHRM (Grote Kamer), 12 september 2012, Nada t. Zwitserland, nr. 10593/08 § 183.

45 H. Hestermeyer, "Coronavirus Lockdown-Measures before the German Constitutional Court", *ConstitutionNet*, 30 april 2020.

geweld gebruiken,⁴⁶ wat tevens in strijd kan zijn met het recht op de eerbiediging van de fysieke integriteit of zelfs het recht op leven. Het inzetten van een gevaarlijke achtervolging op de 19-jarige jongen Adil in Anderlecht wegens niet-naleving van de *lockdown*-maatregelen, die eindigde met zijn (mogelijks zelfs bewuste) aanrijding door een politiewagen met de dood tot gevolg,⁴⁷ doet vanuit mensenrechtelijk oogpunt ernstige alarmbellen afgaan. Amnesty International Vlaanderen heeft in meer algemene zin al haar bezorgdheid geuit dat maatregelen kordater afgedwongen zouden worden in buurten waar veel mensen uit etnische minderheidsgroepen leven.⁴⁸ Het aanwenden van ruime discretionaire politiebevoegdheden op een

wijze die minderheidsgroepen viseert, lijkt moeilijk verenigbaar met het discriminatieverbod dat onder meer in artikel 14 EVRM vervat zit.⁴⁹

Kortom, het recht van de mensenrechten legt niet enkel een minimum op wat de respons van de overheid ten aanzien van de COVID-19-uitbraak betreft, maar ook een maximum. Hoewel er op dit moment nog veel onduidelijkheid heerst over de exacte reikwijdte van toelaatbare mensenrechtenbeperkingen in deze context, is het wenselijk dat, in navolging van het Duits Grondwettelijk Hof, rechtbanken over heel Europa hierover in de komende maanden meer duidelijkheid zullen verschaffen.

46 Zie ook de oproep hiertoe vanwege verschillende VN-mensenrechtenexperten: X., "COVID-19 security measures no excuse for excessive use of force, say UN Special Rapporteurs", 17 april 2020, www.ohchr.org.
47 D. De Coninck, "We hebben hem! We hebben hem geschept!": reconstructie van de dood van Adil in Anderlecht", *De Morgen*, 18 april 2020
48 Persbericht Amnesty International Vlaanderen, "Eén maand lockdown – voorlopige balans voor de mensenrechten in België", 17 april 2020, www.amnesty-international.be.
49 A. Greene, "States should declare a State of Emergency using Article 14 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic", *Strasbourg Observers*, 1 april 2020.